

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	BEATRIZ EUGENIA HIGUERAS ROMERO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2020-00055-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	MODIFICA

SENTENCIA No.257

Santiago de Cali, ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 010 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 095 del 9 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **BEATRIZ EUGENIA HIGUERAS ROMERO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad de la vinculación su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** En consecuencia, solicitó que sea recibida y aceptada como afiliada en **COLPENSIONES**. **3)** Que se ordene a **PROTECCIÓN y PORVENIR S.A.**, trasladar a la administradora del RPMPD, la totalidad de todos los valores de la cuenta de ahorro individual. **3)** Por último, reclamó condena en costas para las accionadas.

Mediante Auto No. 2083 del 29 de septiembre de 2021 el Juzgado de primera instancia dispuso vincular como Litisconsorcio de la parte demandada a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** (f. 1 Archivo 08 ED). No obstante, por Auto emitido en audiencia celebrada el 9 de marzo de 2022 ordenó su desvinculación (f. 1 a 3 Archivo 20 ED).

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 68 a 76 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes a folios 3 a 18 Archivo 03 ED (Colpensiones), folios 2 a 25 Archivo 04 ED (Porvenir) y folios 6 a 21 Archivo 05 ED (Protección).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 095 del 9 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS. En consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos, e incluyendo los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Así mismo, dispuso que la última acepte los recursos provenientes del RAIS, y active la afiliación de la demandante, una vez la AFP traslade los recursos.

Fundamentó su decisión en que, el derecho a la seguridad social está definido a la luz del artículo 48 CN como un servicio público y de carácter obligatorio, desarrollado por la Ley 100 de 1993 creadora del Sistema General de Pensiones, integrado por 2 regímenes, solidarios y excluyentes, como son el RPMPD y el RAIS, teniendo importancia en este ámbito que las AFP suministren la información necesaria para lograr la mayor transparencia a fin de lograr de parte del afiliado, tomar una decisión informada, y en ese caso, escoger las mejores opciones de mercado, con elementos de juicio claros y objetivos, conforme lo señalado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y artículo 23 de la Ley 795 de 2003. Así mismo, expuso que conforme a la Ley 1478 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y las Circulares Externas No. 024 de 2014 y 016 de 2016 impusieron el deber de la doble asesoría, proyección pensional e ilustración sobre los requisitos de la garantía de pensión mínima y otros mecanismos de protección a la vejez, vigentes dentro de la legislación.

Aunado a ello, recordó la postura asumida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ frente al tema estudiado (SL1421-2019 y SL1452-2019), que pone de presente la obligación de las AFP de informar de manera adecuada a los afiliados desde la antesala del afiliación, hasta el cumplimiento de las condiciones para el disfrute pensional, de forma completa y comprensible, con el alcance de quien sabe las consecuencias mayúsculas de una decisión como es la elección del régimen pensional, bajo la premisa del deber del buen consejo, y ampliamente ilustrativo, al punto de llegar a desanimar al interesado, preceptos que de no observarse, conllevan a la ineficacia de la afiliación, debiendo retornar al sistema de prima media todos los valores recibidos por la entidad. Igualmente, afirmó que la carga de probar la asesoría corresponde al fondo privado.

Que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, no encontró que las AFP demandadas hubieran brindado a la demandante una información clara, suficiente y calificada en los términos de la Jurisprudencia, a fin de ilustrarle las consecuencias de su traslado, sin admitir que por el hecho de que se tratara la demandante de una profesional en derecho, por ello dejaba de ser una persona lega en materias de alta complejidad, como los asuntos relativos a cálculos actuariales, propios de las proyecciones pensionales. En consecuencia, concluyó en la procedencia de la ineficacia del traslado, junto a las consecuencias económicas que de ello derivan.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** apuntó principalmente en contra de la orden tendiente a devolver los gastos de administración, al considerar que el descuento de estos

está autorizado desde el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales se encuentra ya causadas con la administración de los dineros aportados en nombre de los demandantes, no siendo procedente hacer la devolución de estos valores, pues aclara que, en estos casos, solo es procedente la devolución de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos, causados estos por una correcta gestión de la AFP. Precisó que al tenor del artículo 1746 código civil, mismo que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad, las cosas son restituidas al estado en que se hallaban antes del contrato nulo, pero los contratantes son responsables de las pérdidas de las especies o el deterioro, así como de los intereses, frutos, abonos y mejoras.

Por consiguiente, debe entenderse que, al no existir afiliación, no surgió para la AFP la obligación de administrar los recursos de la afiliada, tampoco hubo generación de rendimientos, y mucho menos debió cobrarse gastos de administración, hecho en el que no puede desconocerse los frutos y mejoras, que para la afiliada son los rendimientos, y para la entidad, son las comisiones de administración, más cuando la entidad cumplió con su deber, trasladando a **PORVENIR** los recursos de la demandante, y de sostenerse esta orden de devolución, se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

A su turno, la apoderada de **COLPENSIONES** recurrió la decisión sosteniendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y por decisión propia, como lo demuestra la firma en el formulario de afiliación a cada uno de los fondos demandados, sin enrostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones efectuadas a estos, razón por la cual son aquellos los encargados de resolver su situación pensional. Expuso que el Decreto 2071 de 2015 menciona que las AFP deben proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios e inconvenientes en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes pensionales, para lo cual los afiliados podrán acudir a los canales de comunicación habilitados (Circular Externa 016 de 2016), condición que no aplicaba en el caso de la demandante, dada que su afiliación fue anterior al precepto citado. Seguidamente, expuso que la declaratoria de ineficacia de manera injustificada afecta la sostenibilidad del sistema de pensiones, y pone en peligro el derecho de los demás afiliados, citando como sustento de su posición apartes de la Sentencia T-489 de 2010.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** señaló que la afiliación se dio en cumplimiento de los requisitos vigentes para el momento del traslado (1999), razón por la cual no puede darse una aplicación retroactiva de la norma regulatoria del caso que nos ocupa. En igual sentido, indicó que solo a partir del 01 de julio de 2010 se considera obligatorio para las AFP informar por escrito sobre los beneficios de cada uno de los regímenes y el monto de la pensión en estos, siendo admisible que este tipo de información se hubiera dado de manera verbal, sin que dejara de ser completa, transparente y veraz, debiéndose concluir que la decisión tomada por la demandante fue consciente y espontánea, en la medida en que suscribió un formulario que cumple con todos los requisitos legales, que de paso cumplía con lo establecido en el Decreto 692 de 1994.

De igual forma, sostuvo que la acción ahora incoada se encuentra prescrita, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 1756 del C.C., 488 del CST y 151 del CPTSS, pues no se está cuestionando el acceso al derecho pensional, ya que una cosa es referirse a la consolidación de este y otra muy diferente a la ineficacia del acto. Luego, hizo alusión a los emolumentos que debe devolver, aduciendo que no hay lugar a ello, especialmente los gastos de administración, remitiéndose a lo instituido en el artículo 1746 del C.C., que desarrolla la teoría de las restituciones mutuas, entendiendo que este rubro debe tenerse como la pérdida o deterioro que alguna de las partes debe afrontar en la relación jurídica suscrita. En esa senda, también reparó sobre la orden de devolver lo concerniente a los rendimientos, pues si se entiende que el vínculo nunca existió, es decir que la actora nunca estuvo afiliada, también debe entenderse que sus aportes no fueron a una cuenta de ahorro individual, a partir de la cual se generaron rendimientos, de ahí que no sea procedente devolver tales recursos.

Finalmente, en torno a la orden relativa a devolver lo destinado al fondo de garantía mínima, estas sumas ya se encuentran extintas, y, por tanto, no hace parte de los dineros que administra la entidad para ser devueltas. En lo atinente a las primas de seguro previsional, estas se remitieron a las aseguradoras contratadas para las contingencias de invalidez y muerte, cumpliendo así con su objetivo, por lo cual deben considerarse extintas, sin que pueda retrotraerse la cobertura de la compañía de seguros al ser materialmente imposible, máxime que, durante su afiliación, estuvo amparada de los riegos mencionados.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de la UGPP, Colpensiones y Porvenir, los que pueden ser consultados en los archivos 04 a 07 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que, al momento de la afiliación al RAIS, la AFP respectiva cumplió con el deber legal de brindarle información relevante al actor, o, si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de esta vinculación, y sus efectos respecto de las administradoras.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y prima previsional de seguros.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora **BEATRIZ EUGENIA HIGUERAS** estuvo vinculada al servicio de varias entidades públicas, entre estas, al Municipio de Santiago de Cali entre 1990 y 1995, entidad que, en principio era responsable por los aportes pensionales de la funcionaria (f. 60 a 65 Archivo 01 ED).
- (ii) Que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PROTECCIÓN S.A.** el 21 de marzo de 1996, y posteriormente, el 17 de junio de 1999 decidió trasladarse de fondo con destino a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 27 Archivo 05 ED, f. 26 a 62 y 67 Archivo 04 ED).
- (iii) Que el 28 de agosto de 2018 la demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, petición negada en comunicación de la misma fecha (f. 56 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Para desatar la controversia propuesta, es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las

cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir *«libre y voluntariamente»* aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, una sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014).

En tal sentido, resulta necesario tener en cuenta que la información es considerada como el derecho de todo ciudadano a enterarse sobre aquello que desconoce, de manera clara, detallada y transparente, acerca de situaciones que pueden llegar a ser de su interés; por ende, es un derecho fundamental, y correlativamente, una obligación del Estado garantizar su cumplimiento, máxime en tratándose de derechos pensionales, donde existen intereses y expectativas futuras de las personas, que por lo general, desconocen las diferentes características que han de tener cada uno de los regímenes pensionales dentro del sistema.

Lo anterior se da por cuanto, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación para las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio

ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, en especial, los formularios de afiliación de la demandante a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente a **PORVENIR S.A.** (f. 27 Archivo 05 ED y f. 67 Archivo 04 ED), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019). (Negrilla y Subraya de la Sala)

De ahí que, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, para dar respuesta a lo argüido por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida a la posible afiliada, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aunado a lo anterior, la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, mismo que según el artículo 15 del decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de la AFP dirigida a la demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3° del decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

Ahora, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Corporación que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que la afiliación se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

De igual modo, aunque se asegura que la información brindada a la accionante fue oportuna, suficiente y clara, indicando además que la demandante fue ilustrada sobre las características y particularidades del RAIS y que la asesoría sobre la afiliación cumple con los requisitos de ser informada, libre y autónoma, la Sala no comparte estos argumentos, por

cuanto, reitera, en el expediente no obra prueba que permita inferir que la **AFP PROTECCIÓN**, entidad a la cual se afilió en primera ocasión la accionante, cumplió con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas que ofrece cada uno de los regímenes pensionales.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar su afiliación al RAIS fueron ilusorias, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

Ahora bien, es preciso señalar que, el presente asunto no se trata, como lo dijo la Juez, de un típico caso de ineficacia de traslado, como quiera que las pruebas muestran que antes de su afiliación al **RAIS**, la demandante nunca estuvo afiliada a **COLPENSIONES** o a una caja de previsión que hiciera parte del RPMPD; sin embargo, no por este hecho debe considerarse que al momento de su afiliación no mereciera igual ilustración para decidir cuál de los regímenes implementados por la ley 100 de 1993 había de ser el que más le favorecía, y menos aún que frente a dicha omisión por la administradora del RAIS, se genere el efecto adverso de no poder retrotraer la situación al estado inicial, para corregir la situación y encaminar su vinculación al Sistema General de Pensiones por el RPMPD, de ahí que **lo procedente es declarar la ineficacia de su vinculación inicial al RAIS**, tal como lo había solicitado la actora desde la demanda, por la que deberá modificarse la decisión apelada en este aspecto.

Con base en lo anterior, es del caso disponer que la señora **BEATRIZ EUGENIA HIGUERAS ROMERO** pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea afiliarse, evidenciándose en el *sub-júdice* que es su voluntad o interés manifiesto pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - que a la fecha se encuentra exclusivamente administrado por **COLPENSIONES** -, como se extrae de las pretensiones de la demanda, y se puso en evidencia ante el ente de seguridad social al solicitar la afiliación a esta entidad, que fuera negada por faltarle menos de diez años para cumplir la edad pensional (f. 56 Archivo 01 ED).

Así las cosas, en la medida que la ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado por la afiliada, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al cual realmente quería pertenecer la afiliada, para el *sub-lite*, el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**. (CSJ SL 31989, 9 sep.2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad la demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento económico de este ente.

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos debidamente indexados por **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos habría que indicar que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, pues pese lo señalado por la apoderada de esta última, si bien tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de una afiliación imperfecta, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos deben efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en

precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero

Sobre las **restituciones mutuas**, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la actora.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se aclarará el numeral primero de la sentencia en lo atinente a que lo declarado es la ineficacia de la afiliación inicial de la demandante al RAIS, confirmándose en lo demás la decisión apelada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la parte resolutive de la Sentencia No. 095 del 9 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **PRECISAR** que lo declarado es la ineficacia de la primera afiliación de la señora **BEATRIZ EUGENIA HIGUERAS ROMERO** al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, y posteriormente por la **AFP PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de estas.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

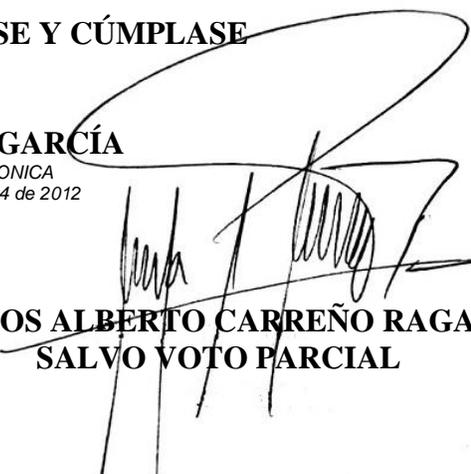
Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para el proceso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	BEATRIZ EUGENIA HIGUERAS ROMERO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP
RADICADO	76001-31-05-005-2020-00055-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Considero no resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en sentencia T-1092 de 2012 cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico, “De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando.”

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el a-quo, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin. En efecto, ese grado jurisdiccional “es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que “propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancia.”

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021.

Firmado Por:
Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **77e6d00e0d03193f6e88e7e5a0655758bc02a133627bd6083c634c0bc789b3de**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>